

Relativização da Coisa Julgada

Alessandro Rostagno

*Advogado em São Paulo-SP e Vitória-ES.
Professor no Estado de SP e da EMERJ.*

1. RESUMO

Não raro o jurisdicionado se depara com situações extremamente conflitantes, ditadas por turmas ou câmaras de tribunais, negando uma verdade real diante de uma verdade meramente formal ou ficta. Se a ciência do direito se ampara em proposições verdadeiras, extraídas de um sistema de interpretação, causa certa perplexidade quando se adota uma postura com condicionamento não verdadeiro. A preocupação ainda é maior quando a decisão que transitou em julgado já não comporta sequer a ação rescisória de que trata o art. 485 do Código de Processo Civil, porque atingida pelo prazo decadencial dos dois anos, embora com matéria de considerável relevância, a indicar caminho para se chegar a uma verdade real.

O tema aborda uma constatação que não pode ser ignorada: a inquietação quanto à possibilidade ou não de se discutir o mérito de uma sentença já alcançada pela coisa julgada material e pela impossibilidade da ação rescisória do art. 485 já mencionado, como, a título de exemplos, na descoberta do pai biológico, após o exame DNA, quando sentença bem anterior ao exame já havia atribuído a paternidade a outrem; quando filho adotivo menor descobre o verdadeiro pai, pretendendo então a declaração da nulidade da adoção e o registro do pai biológico no assento de nascimento; quando a sentença impõe condenação vexatória à Fazenda Pública, fruto de questionáveis perícias ou levantamentos, feitos sem nenhuma metodologia e com fortes indícios de má-fé.

O presente trabalho propõe uma reflexão ou um repensar do conceito de coisa julgada material, afastando da decadência questões que, pela ética, boa-fé e moralidade, possam ser objeto de reexame, não em grau de recurso, mas através de ação de conhecimento de natureza declaratória ou constitutiva.

2. INTRODUÇÃO

Compreender o direito e aplicá-lo é uma árdua tarefa. Compreender é buscar o significado de alguma coisa em função das razões que a orientam. Não basta detectarmos o fato e encaixá-lo a uma lei geral e abstrata dando-lhe concretude, como se a subsunção da premissa menor à premissa maior conferisse uma solução necessária, mediante operação puramente formal, como observa com rigorosa precisão a professora Margarida Maria Lacombe Camargo.¹

É, pois, tarefa das mais difíceis definir o direito, mormente em seu aspecto ético. Relembra Miguel Reale que a conceituação ética do direito, que coloca a coação como elemento externo e não como elemento intrínseco da própria vida jurídica, não coube a um jurista, mas sim ao poeta Dante Alighieri, para quem *o direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a*.²

Essa definição está justamente na distinção que se faz dos direitos reais e pessoais; direito sobre uma coisa (*jus in rem*) e o direito em face de uma pessoa (*jus in personam*).

De fato, o direito não é qualquer relação entre os homens, mas relação que implica uma proporcionalidade de valores, cuja medida é o próprio homem, tendendo a uma convivência harmônica e sempre visando ao bem comum. Toda a vida social é invadida e dominada pelo direito, tanto nas suas mais humildes como nas suas mais solenes manifestações, sendo infinitas as relações que ele origina, *quer essas relações sejam apenas de homens, quer sejam entre o indivíduo e o grupo social, a família, o município, o Estado a que pertence, quer, finalmente, entre vários grupos*, no dizer de Ruggiero.³

¹ Hermenêutica e argumentação, p. 13/14.

² Dante ALIGHIERI, *apud* Miguel REALE, Lições preliminares de direito, p. 60.

³ Roberto de RUGGIERO, Instituições de direito civil, 1 v., p. 26.

Depois de afirmar, em sua célebre introdução, que o encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e conseqüente, Tércio Sampaio Ferraz Jr esclarece que o direito aparece, para o vulgo, como um complicado mundo de contradições e coerências, pois, em seu nome tanto se vêem respaldadas as crenças em uma sociedade ordenada, quanto se agitam a revolução e a desordem. O direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do *status quo*, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião.⁴

Indubitável que quanto maior a incoerência e contradição no conceito das normas de um direito, menos são possíveis as definições, como alertou Hegel, ao exemplificar que *nenhuma definição de homem será possível no direito romano, pois não seria possível subsumir-lhe aquele de escravo, cujo estado é, antes de mais nada, uma violação a esse conceito*.⁵

Se o direito é um conjunto de regras estabelecidas pela sociedade organizada, cumpre indagar a que serve esse conjunto de regras e como aplicá-lo, diante de pluralidade de concepções epistemológico-jurídicas ricas em conceitos estruturais.

Com os avanços da biomedicina, tornou-se fácil apurar a paternidade. Mas como fica a situação do investigador que obteve uma sentença declaratória da paternidade atribuída a um suposto pai, com base em prova exclusivamente testemunhal, quando, anos depois, se descobre o pai biológico por intermédio do exame DNA?

E a situação da Fazenda Pública que se vê condenada a valores incompatíveis com a ética, com a moral e com a lealdade processual, muitas vezes pela inércia ou negligência de sua própria procuradoria, quando, em fase posterior ao trânsito em julgado do *decisum*, se descobre erro material ou má-fé quando da elaboração de perícia? Seria justo que toda a sociedade fosse sacrificada pelo desvio de conduta de seus agentes, sem que tivesse instrumento efi-

⁴Tércio Sampaio FERRAZ JR, Introdução ao estudo do direito, p. 31.

⁵George Wilhelm Friedrich HEGEL, 1770-1831, professor da Universidade de Berlim, onde ingressou em 1817, tornando-se Reitor em 1829. Princípios da filosofia do direito, p. 40.

caz para restabelecer a ordem, mesmo depois do prazo decadencial da ação rescisória?

São algumas reflexões propostas nestas despretenciosas linhas.

3. ABORDAGEM FILOSÓFICA E CIENTÍFICA DO DIREITO

Teoricamente não existe uma norma expressa capaz de trazer à tona a verdade real, depois do efeito da imutabilidade da sentença e do decurso do prazo decadencial de dois anos, para a ação rescisória do art. 485 do Código de Processo Civil. A ordem jurídica dá uma proteção toda especial à verdade formal ou ficta do *decisum*, em detrimento da verdade real.

Diante dessa lacuna, já se afirmou a possibilidade da aplicação do direito natural, para corrigir erro grave e restabelecer a noção de sentença justa, premiando a ética e a boa-fé.

De fato. Um dos enfoques da ciência do direito decorre justamente da distinção feita pelo pensamento jurídico ocidental entre direito natural e direito positivo. Entendia-se aquele ora como emanado da própria *natureza*, ora como derivado de Deus ou ainda da *razão*; e este uma ordem coativa de elaboração do homem, pressupondo uma organização político-social para a sua efetivação, que é o Estado. Nota marcante é que o direito natural se sobrepõe ao próprio Estado.⁶

A concepção do direito natural como fruto da razão, desenvolvida notavelmente pelos pensadores estóicos, esteve presente na ideologia da maior parte dos juristas romanos. Em sua época, eles desenvolveram o *ius gentium*, corpo de direito positivo surgido na prática jurídica em resposta à necessidade de resolver os casos concretos em que se chocavam os interesses de cidadãos romanos com os de outros indivíduos que, por não desfrutarem dessa condição, não estavam sujeitos à aplicação do direito romano. O direito dos povos formou-se mediante a aplicação de princípios racionais, que presumivelmente seriam comuns a todos os seres humanos, romanos ou não; isso o aproximou, de alguma maneira, do direito natural preconizado pelos filósofos, embora, diferentemente deste, sua aplicação prática fosse imediata.

⁶Edinaldo de HOLANDA BORGES, *Teoria científica do direito*, p. 79.

A figura singular de Tomás de Aquino sintetizou as diversas correntes do pensamento filosófico e teológico medieval, fazendo-as confluir numa admirável síntese harmônica. Com respeito ao direito, estabeleceu a distinção entre direito divino, direito natural e lei humana. Nesses três tipos de direito, segundo Tomás de Aquino,⁷ era essencial o componente racional. As bases para o advento do pensamento renascentista estavam lançadas.

Uma ordenação jurídica sem necessidade de órgão exterior de coação, se identificaria, segundo Kelsen, com uma ordenação anárquica, acrescentando *que toda teoria anarquista não é outra coisa senão uma teoria de Direito Natural*.⁸

Hugo Grocio distingue de forma célebre o direito natural do direito positivo. Para ele:

*O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto, vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza (De jure belli ac pacis 1, 10).*⁹

O direito natural se funda na reta razão, em que o homem é capaz de se conduzir segundo regras abstratas. Nessa concepção, a *recta ratio* é a capacidade que tem o próprio homem em determinar regras de valor e do bem comum.

É o direito natural um fim intrínseco e necessário da realização da natureza humana, para preservar uma sociedade justa.

⁷ Em Política, Santo Tomás distingue três tipos de lei, que dirigem a comunidade ao bem comum. O primeiro é constituído pela lei natural (conservação da vida, geração e educação dos filhos, desejo da verdade); o segundo inclui as leis humanas ou positivas, estabelecidas pelo homem com base na lei natural e dirigida à utilidade comum; finalmente, a lei divina guiaria o homem à consecução de seu fim sobrenatural, enquanto alma imortal (Santo TOMÁS DE AQUINO, Vida e Obra, Consultoria Carlos Lopes de Mattos, Nova Cultural, 1996, p. 13).

⁸ Hans KELSEN, *apud* Edinaldo de HOLANDA BORGES, Teoria científica do direito, p. 79.

⁹ Hugo GRÓCIO, 1583 - 1645, advogado protestante holandês, erudito e aventureiro, um dos pensadores mais influentes da ciência jurídica e política jusnaturalista, em razão do impulso que deu à doutrina do direito natural no século XVII, com sua clássica obra *Droit de la guerre et de la paix* (F. Chatelet, O. Duhamel, E. Pisier. Dicionário das Obras Políticas, RJ: Civilização Brasileira, 1993, p. 424-431).

Uma de suas características reside em sua imutabilidade, em oposição ao direito positivo, que é mutável e que encontra seu fundamento no pacto social.

A assertiva da imutabilidade do direito natural, levou Hobbes a construir, por necessidade intelectual, o pacto social como irrevogável. Hobbes dissolve, desde logo, o contrato social no pacto de submissão, pelo qual a sociedade abandona imediatamente os seus direitos naturais a favor do soberano, de tal modo que, *como resultado só restam um estado de natureza desprovido de direito e um direito positivo absoluto*.¹⁰

Há quem sustente, nos dias de hoje,¹¹ estar o direito natural totalmente positivado nas sociedades modernas, fruto de uma legislação, mormente constitucional, voltada para os direitos e garantias fundamentais, como ocorre no nosso país.¹² Paulo Bonavides, discorrendo sobre o positivismo jurídico e o ingresso dos princípios nos Códigos, lembra que o advento da Escola Histórica do Direito e a elaboração dos Códigos de então *precipitaram a decadência do Direito Natural clássico, fomentando, ao mesmo passo, desde o século XIX até a primeira metade deste século, a expansão doutrinária do positivismo jurídico*.¹³ É uma clara alusão de que os princípios do jusnaturalismo foram fortemente utilizados e positivados tanto nas constituições quanto nos Códigos editados a partir do século XIX.

Independentemente ou não da positivação, certo é que a expressão *direito natural que hoje caiu em desuso para designar a Filosofia do Direito já indica, de certa forma, o caráter crítico dessa disciplina*.¹⁴ Se em desuso a expressão, não deixa o direito natural de suscitar sedutor e eterno debate, principalmente pela grandeza e

¹⁰ Franz WIEACKER, *História do direito privado moderno*, p. 302.

¹¹ A esse respeito J. J. Gomes CANOTILHO, ao dispor que: *Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exacto desta positivação jurídica é a constituição. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo*. (Direito constitucional e teoria da constituição, p. 353).

¹² A Constituição Federal de 1988 contempla esses direitos e garantias nos artigos 5º a 11.

¹³ Paulo BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 235.

¹⁴ Franco MONTORO, *Estudos de filosofia do direito*, p. 33.

magnitude de sua concepção inicial.¹⁵ Afinal, na concepção de Ruggiero:

[...] quando o sentimento geral do justo e do eqüitativo já se traduz em preceitos positivos, temos normas jurídicas, mas apenas enquanto são ditadas pelo poder soberano que deve reconhecimento àquela consciência social; quando ainda se não traduz, não se pode falar de regras de direito, mas antes de princípios morais ou sociais, que aspiram a tornar-se direito e a modificar o que existe. O direito natural é, pois, apenas um conceito especulativo que, no entanto, teve e tem uma grande influência, não só na ciência jurídica mas também sobre a legislação.¹⁶

Certo que o direito positivo é formado pelo conjunto de normas jurídicas válidas. Não há confundir, porém, direito positivo e ciência do direito. Característica da ciência do direito é ter as demais fontes por objeto de estudo. Sua finalidade é cognoscitiva; o discurso é descritivo.

Em contrapartida, o direito positivo não tem discurso descritivo e sim prescritivo. Quanto ao modo de abordagem e ao modo de encarar o direito, o positivismo jurídico responde a este problema considerando o direito como um fato e não como um valor,¹⁷ em oposição à teoria tridimensional do direito, que dá realce ao valor.¹⁸

O positivismo, embora surgido no século XIX com Augusto Comte, teve suas bases sistematizadas com Bacon, Hobbes¹⁹ e

¹⁵ Neste sentido Franz WIEACKER, ao afirmar que: *o próprio direito natural é, por um lado, uma questão permanente do homem teórico acerca do seu lugar na sociedade e, como tal, uma filosofia social; mas, por outro lado, é uma tradição cultural que se mantém desde os inícios da filosofia helenística até a atualidade* (História do direito privado moderno, p. 280).

¹⁶ Roberto de RUGGIERO, Instituições de direito civil, p. 46-47.

¹⁷ Norberto BOBBIO, O positivismo jurídico, p. 131.

¹⁸ Miguel REALE, Lições preliminares de direito, p. 64.

¹⁹ Thomas HOBBS, 1588-1679, filósofo inglês, partidário do poder absoluto que admite, ao mesmo tempo, o pacto social. Hobbes não estabelece contradição entre o pacto e o absolutismo; quando bem compreendido, o pacto

Hume²⁰. Juridicamente, coube a Kelsen formular conceito próprio do positivismo, nos clássicos *Teoria Pura do Direito* e *Teoria Geral do Direito e do Estado*.

Villey enumera correntes modernas da Filosofia do Direito, relacionadas às doutrinas dos grandes filósofos do passado, como o neotomismo, o neokantismo, o positivismo científico e o positivismo jurídico.²¹ Além desses enfoques, acrescenta MONTORO tendências atuais de maior importância, como o movimento fenomenológico e a Filosofia analítica da linguagem.²²

Pela intuição de Villey, deve-se reconhecer ao direito outras fontes além das legislativas, porém fontes objetivas, acessíveis a todos. Sugere e aponta a grande vantagem que seria em restaurar a antiga noção jurídica do direito natural, noção geralmente incompreendida porque deformada, falsificada, desde o início dos tempos modernos pelos moralistas e sociólogos. Conclui que *o imenso mérito do antigo direito natural clássico foi determinar a parte que cabe à lei (ao direito positivo) e a que cabe, pela invenção das soluções do direito, à observação da natureza, da realidade social*.²³

Essa observação da natureza e da realidade social, que decorre do direito natural, acaba dando ao intérprete bases sólidas e um campo fértil de decidibilidade, no momento da aplicação do direito ao caso concreto.

conduziria necessariamente ao absolutismo. Daí ser Hobbes absolutista sem ser teólogo; não deriva o absolutismo de um direito divino, mas do pacto. Publicou *Elementos de lei natural e política* (1640), *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma comunidade eclesiástica e civil* (1651), suas principais obras (Hobbes vida e obra, São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 5-19).

²⁰ David HUME, 1711-1776, filósofo escocês empirista, publicou o *Tratado da natureza humana* (1739), *Ensaaios morais e políticos* (1741 e 1748), *Investigação acerca do entendimento humano* (1748), *Investigação sobre os princípios da moral* (1751), como obras principais. Concebeu a filosofia como ciência indutiva da natureza humana e chegou à conclusão de que o homem é muito mais um ser prático e sensitivo do que racional. Foi fator essencial na formulação do positivismo de Augusto Comte (1798-1857), no utilitarismo de Jeremy Bentham (1748-1832) e influenciou ainda mais profundamente no pensamento de John Stuart Mill (1806-1873). No século XX, os positivistas lógicos devem muito aos fundamentos que Hume lançou para o desenvolvimento de uma teoria da significação. (Hume vida e obra, São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 5-13).

²¹ VILLEY, *apud* Franco MONTORO, *Estudos de filosofia do direito*, p. 37.

²² Franco MONTORO, *Estudos de filosofia do direito*, p. 41.

²³ Michel VILLEY, *Filosofia do direito*, p. 170.

É claro que a função de julgar é do Estado, já que a justiça é uma de suas funções essenciais. Porém, embora seja uma função do Estado, perfeitamente viável a simplificação de seus atos, a redução de suas atividades e a aplicação do direito com novos princípios, sem o apego exagerado ao positivismo, mas com a sensatez jus-naturalista.

4. DA COISA JULGADA

Depois de afirmar que sentença é, através da história, o ato jurisdicional por excelência, Liebman ratifica ser esse um *ato de autoridade, dotado de eficácia vinculativa, contendo a formulação da vontade normativa do Estado para o caso submetido a julgamento*.²⁴

Se a sentença retrata a vontade normativa do Estado, tem-se que, vencidos todos os prazos de recursos, essa decisão se torna lei entre as partes, faz coisa julgada formal e material, ficando sujeita apenas à ação rescisória nas estreitas hipóteses do art. 485 do Código de Processo Civil e ainda aos efeitos da decadência, se a rescisória não for ajuizada no prazo de dois anos.

Pertinente que se dê tratamento diferenciado à coisa julgada, diante de decisum proferido sem obediência a princípios estabelecidos na Constituição Federal, às vezes até de forma implícita, como os da proporcionalidade, razoabilidade e boa-fé. Só uma interpretação voltada aos princípios constitucionais, divorciada da gramaticidade da lei civil instrumental, poderia oferecer resposta às questões levantadas no início desta abordagem.

Se é certo que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Art. 5º, XXXVI da CF), certo também que só protegerá a coisa julgada se o ato de origem se revestiu da mais absoluta legalidade e boa-fé, respaldados no preâmbulo da Carta Política de 1988, que contempla um Estado democrático que se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos.

²⁴Enrico Tullio LIEBMAN, Manual de direito processual civil, p. 42.

5. HERMENÊUTICA, TÓPICA E JURISPRUDÊNCIA

A hermenêutica pode ser entendida como a verdadeira teoria científica da arte da interpretação.

A lei positiva é sempre formulada em termos gerais. Fixa regra, consolida princípios, estabelece normas em linguagem precisa, porém ampla. A tarefa primordial do Judiciário é justamente a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, quando chamada a decidir os conflitos.

As várias correntes filosóficas que pensaram o direito a partir do século XIX e, principalmente, os pensadores modernos, se preocuparam e se preocupam sobremaneira sobre os valores que servem de essência ao próprio direito, que são basicamente a *justiça*, a *certeza* e a *segurança*²⁵, numa inequívoca demonstração da prevalência dos valores éticos. Tanto é verdade que o nosso Código Civil de 2002 se inspirou em três valores considerados essenciais: eticidade, socialidade e operabilidade²⁶, divorciando-se do Código de 1916, de índole marcadamente individualista e formal.

A hermenêutica tem como pressuposto básico um julgamento ético e moral, como assinala Carlos Maximiliano:

*A órbita do Direito e a da Moral são concêntricas; e o raio da última é o mais longo: muita coisa fulminada pela ética é tolerada pelas leis; por outro lado, tudo o que os textos exigem ou protegem está de acordo com o senso moral médio da coletividade. Em resumo: não pode haver Direito contra a Moral, embora nem todos os ditames desta encontrem sanção nos Códigos. Por isso, leis positivas, usos, costumes e atos jurídicos interpretam-se de acordo com a ética; exegese contrária a esta jamais prevalecerá.*²⁷

²⁵ Vide, a propósito, o ensaio da professora Margarida Maria LACOMBE CAMARGO, *in* *Hermenêutica e argumentação*, p. 63.

²⁶ Miguel REALE, *Revista de Direito Privado* nº 09, 2002, "Visão geral do novo Código Civil", p. 11.

²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Forense, Rio, 1998, p.160/161.

No mesmo raciocínio o pensamento do professor José Renato Nalini.²⁸

O certo é que o sistema fechado do processo naufragou ao longo do tempo. A falência de conceitos estruturais positivistas é retratada na generalizada insatisfação da sociedade brasileira num todo, levando constantemente o legislador a sucessivas reformas, numa tendência cada vez mais acentuada, porém frustrante, de diminuir o fosso existente entre o Poder Judiciário e o jurisdicionado.

Uma interpretação voltada aos princípios fundamentais e estruturada em valores éticos e morais, poderia justificar a rescindibilidade da sentença acobertada pela coisa julgada material, bastando que a provocação se dirija a um grau hierárquico superior àquele que a proferiu.

Nessa dicotomia de prevalecer a verdade real ou a verdade ficta originária do trânsito em julgado de uma sentença injusta, talvez a tópica da argumentação jurisprudencial viesse contribuir para um novo enfoque. O ponto mais importante no exame da tópica constitui a afirmação de que se trata de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema²⁹.

6. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE OU DA RAZOABILIDADE

A partir da Constituição de 1988, um campo de conhecimento até então pouco debatido, passou a suscitar elucidativo debate, de modo a contribuir com a hermenêutica. Trata-se da adoção do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. Embora não seja novo o tema, só a partir da nossa atual Carta Política é que sua dimensão passou a ser observada, mormente no campo do direito público.³⁰

²⁸ É sua a observação de que *no desempenho de suas funções jurisdicionais, deve o juiz manter-se sintonizado com a realidade social que o envolve, procurando, a cada demanda que lhe toca, decidir de forma criativa, aplicando a lei abstrata de modo mais amplo e inteligente e interpretando com largueza formas estáticas do processo, que, por sua rigidez, levam à ineficiência das instituições e ao desprestígio da Justiça* (Ética Geral e Profissional, ed. RT, São Paulo, 1998, p. 239).

²⁹ Theodor VIEWYK, *Tópica e jurisprudência*, p. 33.

³⁰ Margarida Maria LACOMBE CAMARGO, *ob. cit.*, p. 270.

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do poder público para aferir se eles se pautam num valor fundamental: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui, comumente, em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* ou proporcional o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade, embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.

A essência do Estado de Direito sempre traz em si, de modo inseparável, a proteção aos direitos fundamentais, sendo a proporcionalidade instrumento assegurado desses direitos, redundando em última análise, na concretização do Estado de Direito, como, aliás, contemplado no preâmbulo da Constituição Federal.³¹

Nessa ótica, a proporcionalidade nada mais é do que um instrumento concretizador desses direitos fundamentais, na medida em que impede a atuação abusiva do Poder Público, aí incluído o Judiciário.

Poderia se pensar na aplicação desse princípio para restabelecer a verdade real, negada em sentença injusta. Afinal, o princípio da proporcionalidade não é só um elemento de concretização dos direitos fundamentais; em decorrência de sua vital importância, há de ser aplicado, também, na via jurisdicional, para corrigir o erro gritante, a sentença injusta enfim.

Cabe à ciência jurídica a função não só de impor regras ao comportamento individual e social do homem e do Estado, mas, acima de tudo, garantir o fortalecimento das instituições responsáveis pelo desenvolvimento da pessoa humana, estabelecidas na Constituição, como os princípios da legalidade, da moralidade, da eficácia, da impessoalidade e da justiça.

³¹ Suzana de Toledo BARROS, O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, p. 95/96.

Ao princípio da moralidade subordina-se qualquer conduta estatal ou privada. A este princípio se submete a supremacia da própria lei.

A lei, ao ser aplicada pelo Judiciário, está diretamente vinculada aos princípios da moralidade e da legalidade, só se solidificando quando não expressar abuso. A decisão do Judiciário deve exprimir confiança e se pautar na boa-fé.

Quando o art. 37 da Constituição Federal contemplou obediência aos princípios de legalidade e moralidade, dentre outros, o fez para abranger qualquer dos Poderes. Logo, nenhuma prerrogativa excepcional pode ser outorgada à sentença judicial que provoque choque com o sistema constitucional.

Dentro do padrão ético, o Estado não pode proteger sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que entre em conflito com os princípios da moralidade e da legalidade. Há que prevalecer a verdade real, a realidade dos fatos.

7. RESCINDIBILIDADE DA SENTENÇA INJUSTA

A sentença injusta, aos olhos do leigo, corresponde à negação do direito. Em havendo *error in procedendo* ou *error in iudicando* numa sentença, o ato deve ser combatido via recurso. Transitando em julgado a sentença, por falta de recurso ou pelo esgotamento das vias recursais, só resta ao vencido a ação rescisória, nas hipóteses do art. 485 do Código de Processo Civil, oponível em órgão hierárquico superior no prazo de dois anos, a contar da data do trânsito em julgado, sob pena de decadência do direito àquela ação.

Mas há hipóteses em que se justifica plenamente a rescisão da sentença, quando acoimada de injusta não pela valoração da prova, mas para premiar a legalidade, a moralidade e a boa-fé, quando diante de descoberta da verdade real, que deve se sobrepor à verdade ficta.

No início de 1998 sustentou o E. STJ que *a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida*

*pela coisa julgada*³². Mas já havia naquele sodalício corrente de pensamento que propugnava mudanças. Lavrando Acórdão, certa feita teve o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira a oportunidade de admitir a possibilidade de se discutir, em ação de investigação de paternidade, o registro do pai biológico no assento de nascimento, quando já havia adoção muito anterior à investigatória. Ficou patente no Acórdão que: *Saber a verdade sobre sua paternidade é um legítimo interesse da criança, um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar.*

Fruto de um amadurecimento do pensamento jurisprudencial, a Corte infraconstitucional tem mitigado os efeitos da coisa julgada.³³

Há que se repensar o conceito da coisa julgada material, mormente quando a sociedade se vê diante de avanços tecnológicos no campo da informática e da biomedicina. Dar à coisa julgada material o manto da irretratabilidade incondicional, muitas vezes leva o jurisdicionado e, porque não dizer, a sociedade, a uma frustração incompatível com os desígnios da lei fundamental, calcada na boa-fé e na moralidade.

Para arrematar, a lúcida posição estampada por José Augusto Delgado, para quem:

A sentença não pode expressar comando acima das regras postas na Constituição nem violentar os caminhos da natureza, por exemplo, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a ciência demonstra que não o é. Será que a

³² Espera-se que o STJ venha repensar a posição firmada em maio de 1998, quando editou Acórdão, em REsp: Ação de negativa de paternidade. Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada. 1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. e a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. 2. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. 3. Recurso Especial conhecido e provido. Por unanimidade, conhecer do Recurso Especial e dar-lhe provimento. (STJ - Recurso Especial (REsp) - nº 107248 - GO - Rip: 199600571295 - Rel. Carlos Alberto Menezes Direito 3ª T - j. 07/05/1998).GN.

³³ STJ - Resp. 226.436-PR.

sentença, mesmo transitada em julgado, tem valor maior que a regra científica? É dado ao juiz esse poder absoluto de contrariar a própria ciência? A resposta, com certeza é de cunho negativo.

A sentença transitada em julgado, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhais e documentais, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, exame de DNA comprove o contrário.³⁴

A tópica trabalha justamente com problemas. O órgão jurisdicional examina o problema suscitado, à luz da ética, da boa-fé e dos princípios constitucionais. Dos problemas propostos surgem as jurisprudências. Das jurisprudências, a possibilidade de súmulas, editadas por força dos incidentes de uniformização, tornando-se precedentes para aplicação do direito ao caso concreto.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há que se repensar o atual modelo de justiça, na busca ideal de uma interpretação que se amolde aos princípios fundamentais, sem as amarras do pragmatismo, tornando-o compatível com a evolução da sociedade, que está, cada vez mais, a exigir novos métodos de aplicação do direito.

Não resta dúvida que o tema tem sido objeto de constante debate, suscitando questionamento cada vez maior.

De ver-se que a coisa julgada não pode se sobrepor aos princípios da moralidade e da legalidade. Nem tampouco aos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade.

A sentença, embora coberta com o manto da coisa julgada, não pode ser veículo de injustiça e de certeza quanto à verdade real. Esta deve prevalecer sobre a verdade ficta ou meramente formal.

A imperatividade da coisa julgada, aqui tida como de natureza relativa, pode ser revista, em qualquer tempo, quando eivada de

³⁴ "Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas". REPRO 103, p.21.

vício grave, capaz de produzir conseqüências que alterem o estado natural das coisas; que estipule obrigações para o Estado ou para o cidadão, ou para pessoas jurídicas, que não sejam amparadas pelo direito...

Urge que o sistema legislativo dê sua contribuição para diminuir o fosso existente entre o jurisdicionado e o Judiciário. O magistrado, na sua sublime função de julgar, deve ter às mãos mecanismos institucionais para dinamizar a justiça. Sem esses instrumentos, sem esses mecanismos, continuaremos a ter um Judiciário capenga, burocrático, sem a efetividade e o dinamismo almejado pela sociedade.

Convém lembrar a necessidade de se ter um magistrado comprometido com a filosofia humanística do direito. Sem essa sensibilidade, sem a exata noção de princípios constitucionais, tende o positivismo a alargar ainda mais esse fosso entre a verdade real e a verdade ficta produzida pela coisa julgada, principalmente quando envolver interesses da família e da Fazenda Pública.☐